

# Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen

*Astrid Epiney / Robert Mosters*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

*Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2009/2010, Zürich/Bern 2010, S. 77-106. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

## A. Einleitung

Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die wichtigsten Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Jahr 2009 geben.<sup>1</sup> Die wesentlichen Erwägungen des Gerichtshofs (meist mit den wesentlichen Sachverhaltselementen) werden zusammengefasst, in Bezug zur bisherigen Rechtsprechung gesetzt und – soweit angebracht – einer kurzen rechtlichen Bewertung unterzogen, die zu weiteren, vertieften Betrachtungen einlädt. Darüber hinaus sollen die Implikationen der besprochenen Urteile für die Schweiz skizziert werden, wobei es hier im Wesentlichen um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)<sup>2</sup> geht, das in der Schweiz die Rechtsstellung von Unionsbürgern massgeblich bestimmt. Soweit sich nämlich die neuen Urteile des EuGH auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe und Konzepte beziehen, die im FZA aufgegriffen werden (wobei die Beantwortung dieser Frage mitunter sehr komplex sein kann), werden sie häufig auch für die Rechtsentwicklung im Rahmen des FZA relevant sein. Jedenfalls müssen sie aber in der Schweiz zur Kenntnis genommen werden, und ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens sind zu analysieren.

---

<sup>1</sup> Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht 2003, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008 an. Vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG*, in: Epiney/Gammethaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2008/2009, 2009, 53 ff. Die Zusammenfassungen und Bewertungen einiger im Folgenden besprochener Urteile des EuGH werden auch in einem Beitrag in der NVwZ 2010 veröffentlicht werden.

<sup>2</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114, 6 ff.

Thematisch und systematisch ist dabei zwischen den das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17, 18 EGV) betreffenden Urteilen (B.), solchen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EGV (C.) sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 43, 49 EGV (D.) zu unterscheiden.<sup>3</sup> Dabei geht es nicht darum, alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile zu behandeln, so dass keine Vollständigkeit angestrebt wird. Vielmehr sollen nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung im Bereich des Personenverkehrs zentralen und richtungsweisenden Urteile einbezogen werden, wobei diejenigen Urteile, die schwerpunktmässig steuer- und abgabenrechtliche Aspekte betreffen, weitgehend ausgespart werden.<sup>4</sup>

## **B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17 und 18 EGV)**

### **I. Reichweite des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV)**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

##### **a) Rs. C-524/06, *Huber***

In der Rs. C-524/06<sup>5</sup> stand – neben einigen Aspekten der Auslegung der Datenschutzrichtlinie (RL 95/46) – die Frage zur Debatte, ob die Speicherung bestimmter personenbezogener Daten mit dem Ziel der Kriminalitätsbekämpfung,

<sup>3</sup> S. darüber hinaus aus dem Berichtszeitraum noch EuGH, Rs. C-139/08, *Kqiku*, Urt. v. 2.4.2009: Der Gerichtshof hielt hier fest, dass die Entscheidung 896/2006 zur Einführung einer vereinfachten Regelung für die Personenkontrollen an den Aussengrenzen (ABl. 2006 L 167, 8) so auszulegen sei, dass der in der Entscheidung aufgeführten Ausländerausweis C (verbunden mit einer Niederlassungsbewilligung C) als ausreichendes Visum im Sinne der VO 539/2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen (ABl. 2001 L 81, 1) für die Durchreise durch einen Schengen-Staat anzusehen sei, nicht aber als Visum für einen kurzen Aufenthalt, für den nach wie vor (für bestimmte Staatsangehörige) die Visumspflicht des Art. 1 Abs. 1 VO 539/2001 gelte. Da die Durchreise höchstens fünf Tage dauern darf (ein Visum für einen kurzen Aufenthalt berechtigt zu einem höchstens dreimonatigen Aufenthalt), stellt sich die Frage, ob dieser Grundsatz auch für einen kurzen Aufenthalt von bis zu fünf Tagen zum Zuge kommt, was nach dem Urteil wohl zu bejahen ist, jedoch zu letztlich wenig stimmigen Ergebnisse führt, impliziert diese Sicht doch, dass für einen zweitägigen Familienbesuch ein Visum zu beantragen ist, während ein solches Erfordernis bei einer fünftägigen Durchreise nicht zur Anwendung kommt. S. auch EuGH, verb. Rs. C-261/08, C-348/08, *Zurita Garcia und Choque Cabrera*, NVwZ 2009, 1556: Aus dem Schengener Abkommen und dem Schengener Grenzkodex lasse sich keine Pflicht für die Mitgliedstaaten ableiten, sich illegal in einem Staat aufhaltende Drittstaatsangehörige auszuweisen, wenn diese nicht (mehr) die in diesem Staat geltenden Voraussetzungen hinsichtlich der Aufenthaltsdauer erfüllen.

<sup>4</sup> Vgl. insoweit den Beitrag von *Xavier Oberson/Jean-Frédéric Maraia* (in diesem Band).

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-524/06, *Huber*, Urt. v. 16.12.2008, EuZW 2009, 184.

die jedoch nur auf im Inland lebende Ausländer (unter Einschluss von Unionsbürgern) Anwendung findet, mit Art. 18 AEUV vereinbar ist. Der *Gerichtshof* bejahte zunächst – in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung<sup>6</sup> – die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Vertrages, da durch diesen Situationen erfasst seien, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten (unter Einschluss des den Unionsbürgern nach Art. 20 Abs. 1 AEUV zustehenden Aufenthaltsrechts) betreffen. Da keine weiteren Voraussetzungen geprüft werden, erachtet es der *Gerichtshof* damit offenbar für ausreichend, dass sich ein Unionsbürger in Ausübung seiner Freizügigkeitsrechte in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, um in Bezug auf irgendeine Regelung, die auf den Unionsbürger im Zuge seines Aufenthalts anwendbar ist, die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Vertrages zu bejahen, ohne dass es auf einen wie auch immer ausgestalteten Bezug dieser Regelung zum Aufenthalt ankommt.<sup>7</sup>

Im Ergebnis verneinte der *EuGH* die Vereinbarkeit einer solchen Regelung – die eine formelle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt – mit Art. 18 AEUV: Zwar komme eine Rechtfertigung grundsätzlich in Betracht, da die Kriminalitätsbekämpfung ein legitimes öffentliches Interesse darstelle. Jedoch könne dieses nicht angeführt werden, um allein die Daten von Unionsbürgern, die keine Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats sind, zu speichern, da sich die Kriminalitätsbekämpfung auf die Verfolgung von Straftaten unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Täter beziehe. Damit geht der *Gerichtshof* also davon aus, dass auch eine formelle Diskriminierung grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich ist. Weiter dürfte das Urteil auch den Schluss nahe legen, dass auf die Staatsangehörigkeit abstellende Typisierungen grundsätzlich unzulässig sind, wenn es nicht um die Staatsangehörigkeit als solche, sondern um andere Eigenschaften oder Verhaltensweisen geht, die möglicherweise statistisch häufiger bei Personen einer bestimmten Staatsangehörigkeit (oder eben Ausländern) zu verzeichnen sind. Bemerkenswerterweise prüfte der *Gerichtshof* nämlich nicht, ob die Massnahme deshalb gerechtfertigt werden könnte, weil in der Gruppe der Ausländer der Anteil an Straftätern prozentual grösser ist als bei Inländern.

## **b) Rs. C-103/08, *Gottwald***

In der Rs. C-103/08<sup>8</sup> ging es um die Vereinbarkeit einer österreichischen Regelung betreffend eine Jahresvignette für Strassen mit Art. 18 AEUV. Diese wird behinderten Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich kostenlos zur Verfügung gestellt, während Personen mit Behinderung aus anderen Mitgliedstaaten diese Vergünstigung nicht zuteil wird.

Der *Gerichtshof* stellte zunächst fest, dass der sachliche Anwendungsbereich des Vertrages im Sinn des Art. 18 AEUV eröffnet sei, wenn sich – wie im Ausgangssachverhalt – ein Angehöriger eines Mitgliedstaats in Ausübung seiner Freiheit, sich im Unionsgebiet zu bewegen und aufzuhalten, in einen anderen

<sup>6</sup> EuGH, Rs. C-194/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119.

<sup>7</sup> So wohl auch schon EuGH, Rs. C-164/07, *Wood*, EuZW 2008, 477.

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-103/08, *Gottwald*, Urt. v. 1.10.2009, EuZW 2009, 862.

Mitgliedstaat begibt, um dort seinen Urlaub zu verbringen, so dass er nicht aufgrund seiner Staatsangehörigkeit diskriminiert werden dürfe. Der *EuGH* stellt auch hier allein auf die Ausübung des Freizügigkeitsrechts ab und erörtert in keiner Weise den Bezug der in Frage stehenden diskriminierenden Regelung mit dem sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages. Weiter sei in dem Abstellen auf Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt eine versteckte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu sehen, die allerdings im Hinblick auf die Förderung der Mobilität Behinderter und ihrer Integration gerechtfertigt werden könne. Dabei dürfen die Mitgliedstaaten bei den Voraussetzungen für die Gewährung einer solchen Leistung eine gewisse Verbindung zwischen der Gesellschaft des betroffenen Mitgliedstaats und dem Empfänger der Leistung verlangen. Den Mitgliedstaaten stehe hier ein weiter Gestaltungsspielraum zu, und Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt erschienen grundsätzlich als geeignete Kriterien für den Nachweis einer gewissen Verbindung zu dem betreffenden Mitgliedstaat, zumal die Vignette auch solchen Personen zur Verfügung gestellt werde, die sich aus beruflichen oder persönlichen Gründen regelmässig nach Österreich begeben.

Das Urteil bestätigt einmal mehr den recht weiten Spielraum, der den Mitgliedstaaten zukommt, wenn sie bestimmte staatliche Leistungen oder Vergünstigungen an den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen. Zwar können solche Regelungen – die grundsätzlich, sobald es um einen Unionsbürger geht, der von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen – nicht durch allgemeine Hinweise etwa auf die Finanzierung der entsprechenden Leistungen durch Steuern gerechtfertigt werden. Jedoch lässt es der *EuGH* zu, dass die Mitgliedstaaten als Voraussetzung für die Leistungsgewährung eine gewisse Verbundenheit mit dem betreffenden Mitgliedstaat verlangen, die regelmässig durch Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt während einer gewissen Zeit nachgewiesen werden kann. Dabei bleibt die genaue dogmatische Konstruktion dieses „Verbundenheitserfordernisses“ nach wie vor etwas im Dunkeln. Die Formulierungen des *Gerichtshofs* in der Rs. C-103/08 legen einerseits nahe, dass es sich um einen eigenen Rechtfertigungsgrund handeln könnte, da die Verbindung zwischen der Gesellschaft des Mitgliedstaats und dem Leistungsempfänger als objektive Erwägung des Allgemeininteresses bezeichnet wird. Andererseits deuten andere Passagen des Urteils darauf hin, dass das Erfordernis der Verbundenheit in einem Zusammenhang mit dem primär mit einer solchen staatlichen Leistung verfolgten Ziel zu sehen sein könnte, so dass es zu seiner Verfolgung nahe liegen müsse, eine solche Verbundenheit zu verlangen. Jedenfalls wird auch mit diesem Urteil nicht die Frage beantwortet, ob eine solche Verbundenheit bei allen staatlichen Leistungen gefordert werden kann und wie ggf. hier abzugrenzen ist. Die bisherige Rechtsprechung dürfte zumindest die Annahme nahe legen, dass es neben der Verbundenheit noch eines weiteren öffentlichen Interesses zur Rechtfertigung bedarf, das nicht allein wirtschaftlichen Charakters (wie insbesondere die Finanzierung gewisser Leistungen durch Steuern) sein darf.

### c) **Rs. C-123/08, Wolzenburg**

In der Rs. C-123/08<sup>9</sup> stellte der *Gerichtshof* fest, dass sich ein Unionsbürger, der von seinem Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV Gebrauch gemacht hat, auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) berufen kann, wenn es um eine nationale Regelung geht, die die Voraussetzungen festlegt, unter denen die Vollstreckung eines zum Vollzug einer Freiheitsstrafe ausgestellten Europäischen Haftbefehls verweigert werden kann. Der *Gerichtshof* stellt hier zwar darauf ab, dass die Mitgliedstaaten auch bei der Durchführung eines Rahmenbeschlusses an den EG-Vertrag gebunden seien, eine Feststellung, die im Zusammenhang mit der vor dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages bestehenden Rechtslage zu sehen ist. Die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit ergibt sich aber auch aus den allgemeinen Grundsätzen, wonach sich die Unionsbürger im Falle der Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts im Aufnahmestaat allgemein auf Art. 18 AEUV berufen können, so dass es nicht darauf ankommt, ob die betreffenden nationalen Vorschriften zur Umsetzung des Beschlusses über den Europäischen Haftbefehl ergangen sind.

Jedoch verstosse eine nationale Regelung, wonach die Vollstreckung eines gegen die eigenen Staatsangehörigen ausgestellten Europäischen Haftbefehls zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zu verweigern ist, während eine solche Verweigerung bei Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten voraussetzt, dass sich die betreffende Person rechtmässig während fünf Jahren ununterbrochen im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsmitgliedstaats aufgehalten hat, nicht gegen Art. 18 AEUV: Ein solches Erfordernis könne nämlich gerechtfertigt werden, da bei Staatsbürgern und Personen mit einem mindestens fünfjährigen Aufenthalt davon ausgegangen werden könne, dass die betreffende Person hinreichend in den Vollstreckungsmitgliedstaat integriert ist. Dadurch würden die Resozialisierungschancen nach Verbüssung der Strafe erhöht, wobei der *Gerichtshof* im vorliegenden Falle auch die Verhältnismässigkeit dieser Anforderungen bejahte.

Das Urteil stellt zum einen – wie schon die Rs. C-524/06 – klar, dass eine Rechtfertigung einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auch bei direkten Diskriminierungen in Betracht kommt. Zum anderen stellt das Urteil ein weiteres Beispiel<sup>10</sup> dafür dar, dass bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Massnahmen, die im Zusammenhang mit der Verbindung der betreffenden Personen zu dem jeweiligen Mitgliedstaat stehen, ein Rückgriff auf typisierende Kriterien (Staatsangehörigkeit, Mindestaufenthaltsdauer) grundsätzlich möglich ist.

## 2. **Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Gemäss Art. 16 FZA treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden (Abs. 1). Soweit für die Anwendung des FZA Begriffe des

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-123/08, *Wolzenburg*, Urt. v. 6.10.2009.

<sup>10</sup> S. bereits EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Urt. v. 18.11.2008.

Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, ist hierfür die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens zu berücksichtigen (Abs. 2). Da der am 1. Dezember 2009 in Kraft getretene Vertrag von Lissabon<sup>11</sup> die Europäische Union zur Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft erklärt<sup>12</sup>, sind nunmehr die Rechtsakte der EU und die hierzu ergangene Rechtsprechung des EuGH massgeblich, wie auch die EU jetzt als Vertragspartei des FZA an die Stelle der EG getreten ist. Urteile, die nach der Unterzeichnung des FZA am 21. Juni 1999 ergangen sind, fallen zwar nicht unter die Berücksichtigungspflicht des Art. 16 Abs. 2 FZA. Sie sind jedoch insofern zu „berücksichtigen“, als das FZA eine parallele Rechtslage innerhalb der EU und im Verhältnis zur Schweiz anstrebt und soweit neue Entscheidungen lediglich eine Anwendung der vor der Unterzeichnung des Abkommens durch den EuGH entwickelten Grundsätze darstellen.

Bei Gleichbehandlungsansprüchen bezüglich sozialer Vergünstigungen kommt zunächst jeweils Art. 9 Anhang I FZA in Betracht, der dem Art. 7 Abs. 2 der Verordnung 1612/68 nachgebildet ist und daher unter Berücksichtigung der zu diesem ergangenen Rechtsprechung auszulegen ist. Diese Vorschrift gilt jedoch nur für Arbeitnehmer, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. In einem der Rechtssache *Gottwald* entsprechenden Sachverhalt könnte sich etwa ein behinderter Arbeitnehmer, der zwar nicht seinen Wohnsitz, aber seine Arbeitsstelle in dem anderen Vertragsstaat hat, hinsichtlich der kostenlosen Zurverfügungstellung einer Autobahnvignette auf Art. 9 Anhang I FZA berufen. Ein entsprechender Anspruch könnte einem grenzüberschreitend selbständig Erwerbstätigen gemäss 15 Anhang I FZA zukommen.

Sofern eine Berufung auf diese Vorschriften nicht in Betracht kommt, z.B. bei Touristen, stellt sich die Frage, inwieweit die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 i.V.m. 21 AEUV auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar ist. Diese Frage ist bisher noch nicht durch die Gerichte geklärt worden. Zwar übernimmt das Abkommen das Konzept der Unionsbürgerschaft als solches nicht, doch enthält Art. 2 FZA ebenso wie Art. 18 AEUV ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das als Auffangtatbestand dann Anwendung findet, wenn die speziellen Diskriminierungsverbote des FZA (z.B. Art. 9 Anhang I FZA) nicht anwendbar sind<sup>13</sup>. Während Art. 18 AEUV Diskriminierungen „im Anwendungsbereich dieses Vertrages“, also des AEUV, verbietet, betrifft Art. 2 FZA Diskriminierungen „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III.“ Entsprechend der bereits vor der Unterzeichnung des FZA etablierten Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV dürfte ein Fall der Anwendung des

---

<sup>11</sup> ABl. C 306/2007, 1.

<sup>12</sup> Art. 1 Abs. 3 EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon.

<sup>13</sup> Durch Art. 2 FZA werden sowohl das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV als auch das Verbot unterschiedlicher Behandlung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 45 Abs. 2 AEUV für den Bereich des freien Personenverkehrs mit der Schweiz übernommen, BGE 129 I 399, E. 3.2.3. Vgl. auch *Edgar Imhof*, Schweizerische Leistungen bei Mutterschaft und FZA/Europarecht, in: Gächter (Hrsg.), Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz, 2006, 87, 127 ff., insb. 136.

Abkommens vorliegen, wenn die anspruchstellende Person sich in einer Situation befindet, die durch das Abkommen geregelt ist<sup>14</sup>.

Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Person sich auf dem Territorium einer anderen Vertragspartei befindet und dabei von einem Aufenthaltsrecht nach dem Abkommen Gebrauch macht. Nichterwerbstätige haben nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA ein Aufenthaltsrecht im Gebiet der anderen Vertragsparteien. Das Urteil in der Rechtssache *Gottwald* betreffend die kostenlose Zurverfügungstellung einer Autobahnvignette stützt sich zwar nicht ausdrücklich auf das vor der Unterzeichnung des FZA ergangene Urteil des EuGH in der Rechtssache *Cowan*<sup>15</sup>, es stellt jedoch im Wesentlichen auf die gleichen Kriterien ab, so dass die hier zur Anwendung gelangten Grundsätze auch bei der Auslegung des FZA gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachten sind.

Die drei Urteile zeigen, dass auch die Entscheidungen, in denen sich der EuGH in seiner Begründung auf das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger gemäss Art. 21 AEUV und/oder das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV stützt, für die Auslegung des FZA relevant sein können, dass es aber andererseits einer genaueren Untersuchung der Argumentation des EuGH, der jeweiligen Sachverhalte und der Bestimmungen des Abkommens bedarf, um die genaue Relevanz dieser Urteile für das FZA feststellen zu können.

## II. Steuerrechtliche Fragen

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-544/07 – *Rüffler*)

In der Rs. C-544/07<sup>16</sup> schloss der EuGH auf die Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung mit Art. 21 Abs. 1 AEUV, die das Recht auf steuerlichen Abzug von Krankenversicherungsbeiträgen von der Einkommenssteuer an die Bedingung knüpft, dass diese Beiträge nach dem nationalen Recht in dem betreffenden Mitgliedstaat gezahlt worden sind, so dass die Steuervergünstigung verwehrt wird, wenn die Beiträge im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung eines anderen Mitgliedstaats gezahlt wurden. Im Ausgangsverfahren ging es um einen deutschen Rentner, der sich nach dem Ende seiner beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer in Polen niedergelassen hatte, so dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht herangezogen werden konnte und sich das Recht auf Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat lediglich aus Art. 21 Abs. 1 AEUV (Recht der Unionsbürger auf Freizügigkeit, unabhängig von einer beruflichen Tätigkeit) ergeben konnte. Eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren zur Debatte stehende benachteilige Steuerpflichtige, die ihr Recht auf Freizügigkeit wahrnehmen, da ihnen bestimmte

<sup>14</sup> EuGH, Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195, Rn. 10; vgl. hierzu *Astrid Epiney*, in: Calliess/ Ruffert (Hrsg.), EGV/EUV, Kommentar, 3. A., 2006, Art. 12 EGV, Rn. 14 ff.; *Thorsten Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. A. 2005, § 17, Rn. 21 ff.; *Armin von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EGV/EUV, Art. 12 EGV, Rn. 24 ff.; *Ferdinand Wollenschläger*, Freizügigkeit ohne Markt, 2007, 212 ff.

<sup>15</sup> EuGH, Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195.

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-544/07, *Rüffler*, Urt. v. 23.4.2009, EuZW 2009, 538.

Abzugsmöglichkeiten verwehrt werden. Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung des Freizügigkeitsrechts sei nicht ersichtlich. Insbesondere sei das Anliegen der Finanzierung des polnischen Krankenversicherungssystems nicht stichhaltig, da dieses auch die Kosten der Krankenversicherung des Betroffenen nicht trage und sich die Möglichkeit der Versicherung im Herkunftsmitgliedstaat aus einer kombinierten Anwendung der einschlägigen sekundärrechtlichen Koordinierungsregeln ergebe. Obwohl der Gerichtshof in seinen Erwägungen auch auf die ungleiche Behandlung des Betroffenen im Verhältnis zu Personen, die nie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, abstellt und im Ausgangsfall wohl eine indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt, dürfte das Urteil doch massgeblich auf das Freizügigkeitsrecht abstellen, das tatsächlich durch derartige Regelungen beschränkt wird. Deutlich wird damit, dass im Unionsrecht die Frage nach dem Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Art. 18 AEUV insoweit an Bedeutung verlieren wird, wie eine nationale Regelung als solche bereits als Beschränkung der Freizügigkeit aufzufassen ist. Weiter ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof bei seiner Prüfung der Vereinbarkeit der fraglichen nationalen Regelung mit Art. 21 Abs. 1 AEUV letztlich dieselben Grundsätze wie bei den Grundfreiheiten anwendet, so dass von einer gewissen Parallelität der rechtlichen Tragweite des Freizügigkeitsrechts des Art. 21 Abs. 1 AEUV einerseits und der Personenverkehrsfreiheiten andererseits auszugehen sein dürfte.

## **2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Das Freizügigkeitsabkommen gewährt Nichterwerbstätigen nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA ein Aufenthaltsrecht im Gebiet der anderen Vertragsparteien. Ausserdem räumen die Vertragsparteien den Staatsangehörigen der Vertragsparteien gemäss Art. 1 Abs. 2 UAbs. 1 Anhang I FZA das Recht ein, ihr Hoheitsgebiet gegen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses zu verlassen. Somit werden auch Wegzugsbeschränkungen vom Abkommen erfasst. Dabei ist das FZA wegen der Zielsetzung des Abkommens, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der EG geltenden Bestimmungen zu verwirklichen, entsprechend der Rechtsprechung zum Unionsrecht auch auf eigene Staatsangehörige der Vertragsparteien anwendbar, wenn diese von ihrer Freizügigkeit Gebrauch machen<sup>17</sup>. Ob das Aufenthaltsrecht und das damit verbundene Wegzugsrecht der Nichterwerbstätigen als Beschränkungsverbot aufzufassen ist, ist aus dem Wortlaut der Bestimmungen des Abkommens selbst nicht klar ersichtlich. Eine parallele Auslegung zu Art. 21 AEUV liegt insofern nahe, als dieser den Gewährleistungen des FZA inhaltlich entspricht und auch die „Beschränkungen und Bedingungen“, auf die Art. 21 AEUV Bezug nimmt, inhaltlich den Voraussetzungen des Art. 24 FZA entsprechen, da diese den Aufenthaltsrichtlinien der EU nachgebildet worden sind. Obwohl das Aufenthaltsrecht des Art. 21 Abs. 1 AEUV bereits durch den Vertrag von Maastricht in den EG-Vertrag eingeführt worden war, war die Frage der unmittelbaren Wirkung dieser Bestimmung lange Zeit umstritten. Sie wurde erst 2002, also nach der Unterzeichnung des FZA, durch das Urteil des EuGH in der

---

<sup>17</sup> Vgl. hierzu BGE 129 II 249, E. 3-5; 130 II 137, E. 3.1-4.2; BG, 2P.130/2004, E. 3.4.



Rechtssache *Baumbast*<sup>18</sup> entschieden, so dass die Berücksichtigungspflicht des Art. 16 Abs. 2 FZA insofern nicht eingreift. In früheren Fällen, namentlich im Urteil in der Rechtssache *Bickel und Franz*<sup>19</sup>, hatte der EuGH zwar schon Art. 21 Abs. 1 AEUV herangezogen, doch ging es dort nicht um den Aufenthalt an sich, so dass die Frage letztlich offenblieb. Die inhaltlich übereinstimmenden Vorschriften und das Ziel des FZA, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage zu der in der EU geltenden zu schaffen, sprechen jedoch für eine parallele Auslegung und somit für die Annahme eines Beschränkungsverbotes.

Dagegen spricht auch nicht, dass nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA der Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gerichtet ist. Da der Wortlaut der Vorschrift darauf Bezug nimmt, dass der Nichterwerbstätige „kein Aufenthaltsrecht auf Grund anderer Bestimmungen dieses Abkommens hat“, wird deutlich, dass Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA selbst ein Aufenthaltsrecht verleiht und nicht etwa nur Fragen der Dauer der Aufenthaltserlaubnis und ihrer Erteilung regelt.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass bei vergleichbaren Sachverhalten auch eine Verletzung der Diskriminierungsverbote der Art. 2 FZA oder Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA in Betracht zu ziehen ist, wenn Personen deshalb schlechter behandelt werden, weil sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen. Im vorliegenden Falle käme allerdings Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA nicht zur Anwendung, da dieser die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit voraussetzt, welche nicht vorliegt, wenn der Arbeitnehmer seinen Heimatstaat wie hier erst nach Abschluss der Berufstätigkeit verlässt. Eine Anwendung von Art. 2 FZA ist jedoch denkbar, da sich der freizügigkeitsberechtigte Nichterwerbstätige auf Art. 24 Anhang I berufen kann und daher ein Recht ausübt, das ihm auf Grund des Anhangs I zusteht. Somit befindet er sich in einer Situation, die durch die Anhänge I-III geregelt ist, so dass ein Fall der „Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ im Sinne des Art. 2 FZA vorliegt.

## **C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)**

### **I. Reichweite des Zugangs zu Sozialleistungen**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH (verb. Rs. C-22, 23/08, *Vatsouras*)**

In der verb. Rs. C-22, 23/08<sup>20</sup>, ging es um die Frage, ob zwei Unionsbürgern in einem anderen Mitgliedstaat nach einer sehr kurzen Erwerbstätigkeit ein Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende gewährt werden muss. Der *EuGH* erinnerte zunächst an den weiten Begriff des Arbeitnehmers in seiner Rechtsprechung. Hier sei trotz der begrenzten Höhe der Vergütung und der kurzen Dauer einer Berufstätigkeit nicht auszuschliessen, dass die Betroffenen als

<sup>18</sup> EuGH, Rs. 413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091.

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637.

<sup>20</sup> EuGH, verb. Rs. C-22, 23/08, *Vatsouras*, Urt. v. 4.6.2009, EuZW 2009, 702.

Arbeitnehmer anzusehen sind. Bemerkenswert ist hier, dass der *Gerichtshof* diese Kriterien nicht auf die Ausgangssachverhalte – die offenbar klar feststanden – anwandte, sondern die Beantwortung der Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft dem nationalen Gericht überantwortete, da es sich um eine Tatsachenwürdigung handle. Diese Feststellung überrascht, denn die Frage, ob die Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft in einer konkreten Konstellation erfüllt sind, stellt eine Rechtsfrage dar, da es um die Subsumtion eines Sachverhalts unter die Tatbestandsmerkmale einer Norm geht.

Im Falle der Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft<sup>21</sup> ist Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) einschlägig, wonach u.a. Arbeitsuchenden während des längeren Zeitraums, während dessen sie im Aufnahmestaat ein Aufenthaltsrecht haben, kein Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren ist. Diese Bestimmung setzte der *Gerichtshof* in Beziehung zu seiner Rechtsprechung in der Rs. C-138/02<sup>22</sup>, wonach das in Art. 45 Abs. 2 AEUV verankerte Diskriminierungsverbot auch einen Anspruch von Arbeitssuchenden auf Gleichbehandlung in Bezug auf eine finanzielle Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll, erfasst. Dabei kann eine solche Beihilfe auch erst dann gewährt werden, wenn das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wurde: Da Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 in Einklang mit Art. 45 Abs. 2 AEUV auszulegen sei, könnten finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, nicht als Sozialhilfeleistungen im Sinne des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 angesehen werden.

Da der *Gerichtshof* es auch hier dem nationalen Gericht überlässt festzustellen, ob die in Betracht kommende Leistung den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll oder nicht. Immerhin erwähnt er, dass das Erfordernis der Erwerbsfähigkeit für die Bejahung dieser Frage spreche. Doch bleibt auch nach diesem Urteil offen, unter welchen Voraussetzungen gerade bei finanziellen Leistungen der Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtert werden soll.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die Ausführungen des EuGH zur weiten Definition der Arbeitnehmereigenschaft stellen letztlich nur eine Wiederholung der bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens etablierten Rechtsprechung<sup>23</sup> dar und sind daher auch im Rahmen des FZA gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu übernehmen.

Da die Unionsbürgerrichtlinie bisher nicht durch Anpassung des Anhangs I in das Abkommen übernommen worden ist (wozu übrigens – anders als bei Anpassungen der Anhänge II und III – nicht nur ein Beschluss des Gemischten Ausschusses, sondern die Ratifikation durch die Schweiz, die EU und durch alle Mitgliedstaaten erforderlich ist), findet diese keine Anwendung im Rahmen des FZA. Das Abkommen kennt jedoch in Art. 2 FZA eine Parallelvorschrift zu Art. 45 Abs. 2

<sup>21</sup> Beim Vorliegen der Arbeitnehmerschaft kommt Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 zum Zuge, wonach ein Anspruch auf Leistungen wie die nach dem SGB II während sechs Monaten zu gewähren ist.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703.

<sup>23</sup> Vgl. bereits EuGH, 66/85, *Lawrie-Blum*, Slg. 1986, 2121, Rn. 16 f.

AEUV, so dass dieser bei der Auslegung von Art. 2 FZA zu berücksichtigen ist. Auch im Rahmen des Abkommens dürfte somit ein Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu finanziellen Leistungen bestehen, wenn diese den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen und es sich bei dem Anspruchsteller tatsächlich um einen Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts handelt.

## **II. Diplomanerkennung**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

#### **a) Rs. C-586/08, *Rubino***

In der Rs. C-586/08<sup>24</sup> ging es in erster Linie um den Begriff des reglementierten Berufs im Sinne der RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen<sup>25</sup>: Ein solcher liege nicht vor, wenn der Zugang zu einem Beruf Kandidaten vorbehalten bleibt, die in einem Verfahren ausgewählt wurden, mit dem eine im Voraus festgelegte Zahl von Personen auf der Grundlage einer vergleichenden Bewertung der Kandidaten (und nicht durch die Anwendung „absoluter“ Kriterien) ausgewählt wird, wie dies in Italien für den Beruf des Hochschullehrers der Fall ist. Dieses besteht aus zwei Verfahrensschritten: In einem ersten Schritt geht es um den Erwerb der sog. nationalen Lehrbefugnis, deren Inhaber in der Liste der Inhaber der nationalen Lehrbefugnis verzeichnet sind. Diese können sich dann in einer zweiten Stufe auf eine bestimmte Stelle bei einer Universität bewerben. Ihre Höchstzahl ist aber im Voraus entsprechend dem von den Hochschulen angezeigten Bedarf beschränkt, und die Auswahl erfolgt auf der Grundlage einer vergleichenden Bewertung der Kandidaten. Der Gerichtshof hält aber auch fest, dass die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Qualifikationen im Rahmen eines solchen Verfahrens anzuerkennen seien. M.a.W. dürfen offenbar bei der vergleichenden Bewertung der Kandidaten in anderen Mitgliedstaaten erworbene Qualifikationen nicht ausser Acht gelassen werden, sondern sind – in (entsprechender) Anwendung der allgemeinen primärrechtlichen Grundsätze über die Diplomanerkennung – zu berücksichtigen und anzuerkennen.

#### **b) Rs. C-345/08, *Pesla***

Der Rs. C-345/08<sup>26</sup> lag die Frage der Zulassung eines polnischen Staatsangehörigen, der im Besitz eines Magistertitels in Rechtswissenschaften der Universität Posen sowie eines Bachelors und Masters of German and Polish Law der Universität Frankfurt/Oder war, zum juristischen Vorbereitungsdienst (Referendariat) in Deutschland zugrunde.

Der *Gerichtshof* stellte zunächst die Unanwendbarkeit der RL 98/5 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs fest, da der Antragsteller nicht über

<sup>24</sup> EuGH, Rs. C-586/08, *Rubino*, Urt. v. 17.12.2009.

<sup>25</sup> ABl. 2005 L.

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-345/08, *Pesla*, Urt. v. 10.12.2009.

die Qualifikation zur Ausübung dieses Berufs verfügte. Der EuGH hielt des weiteren fest, dass die Bereichsausnahme der öffentlichen Verwaltung gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV hier nicht einschlägig sei, da Rechtsreferendare nach den Weisungen und unter der Aufsicht eines Ausbilders tätig seien, so dass keine Mitwirkung bei der Erfüllung von Aufgaben vorliege, die zur öffentlichen Verwaltung gehören. Verallgemeinert man diesen Ansatz, so dürfte in all denjenigen Fällen, in denen eine Person nach den Weisungen eines Vorgesetzten handelt, die Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht einschlägig sein, jedenfalls soweit es nicht um Kaderstellen geht. Alle Abgrenzungsprobleme dürften hiermit jedoch noch nicht gelöst sein, da letztlich die gesamte Verwaltung regelmässig weisungsgebunden ist (bis zur Regierung), so dass sich die Frage stellt, ab welchem Grad von Selbstverantwortung eine Person in der Verwaltung öffentliche Gewalt ausübt.

Beim Zugang zum Vorbereitungsdienst seien sodann – entsprechend der ständigen Rechtsprechung des *Gerichtshofs* – die in anderen Mitgliedstaaten oder auch im Inland erworbenen Qualifikationen zu berücksichtigen, was einen umfassenden und objektiven Vergleich mit der nach nationalem Recht verlangten beruflichen Qualifikation impliziere. Ergebe dieser Vergleich, dass die durch die erworbenen Diplome nachgewiesenen Fähigkeiten und Kenntnisse nur teilweise dem entsprechen, was im nationalen Recht verlangt wird, so könne der Aufnahmemitgliedstaat von dem Betroffenen den Nachweis verlangen, dass er diese erworben hat. Allerdings bedeuteten diese Grundsätze nicht, dass im Bereich des Rechts die in Bezug auf eine ausländische Rechtsordnung erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten „automatisch“ entsprechenden Kenntnissen der inländischen Rechtsordnung gleichzustellen wären, gehe es doch um spezifische Kenntnisse der nationalen Rechtsordnung. Es stehe den Mitgliedstaaten frei, im Rahmen des Anforderungsprofils für die Ausübung der entsprechenden Tätigkeit und der Anerkennung ausländischer Diplome diesen Unterschieden Rechnung zu tragen. Es ist daher zulässig, lediglich auf die Kenntnisse im Recht des anerkennenden Staates und nicht des Ausbildungsstaates abzustellen. Vor diesem Hintergrund gebiete es Art. 45 AEUV auch nicht, die Anforderungen an die für den Eintritt in den juristischen Vorbereitungsdienst verlangten Kenntnisse für Inhaber eines ausländischen Diploms zu senken, zumal die Pflicht zur vergleichenden Prüfung – im Hinblick auf eine (teilweise) Anerkennung – der im Ausland erworbenen Diplome bereits eine Erleichterung bedeute. Eine Absenkung des Prüfungsmassstabs ist somit nicht geboten, aber zulässig. Jedenfalls dürfe die Möglichkeit einer teilweisen Anerkennung nicht lediglich fiktiv sein, woraus man wohl ableiten kann, dass zumindest eine teilweise Freistellung von gewissen Prüfungen des ersten Staatsexamens möglich sein muss. Wie dies genau zu geschehen hat, bleibt jedoch noch teilweise unklar, zumal wenn es sich wie hier um eine Prüfung handelt, die aus umfangreichen Einzelprüfungen besteht, die jeweils nicht nur ein Fach zum Gegenstand haben, sondern durch die komplexe Kombination verschiedener Gebiete gekennzeichnet sind.

## **2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Bei der Feststellung, ob eine Tätigkeit unter die Bereichsausnahme der Art. 10, 16 oder 22 Anhang I FZA fällt, sind die parallelen Vorschriften in Art. 45 Abs. 4, 51

und 51 i.V.m. 62 AEUV sowie die hierzu (vor der Unterzeichnung des Abkommens) ergangene Rechtsprechung des EuGH gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA heranzuziehen. Die Ausführungen des EuGH hierzu liegen auf der Linie der bisherigen restriktiven Rechtsprechung und dürften daher auch auf das Abkommen übertragbar sein.

Hinsichtlich der Voraussetzungen der Diplomanerkennung entspricht es der ständigen Rechtsprechung des EuGH vor der Unterzeichnung des FZA, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, zu prüfen, inwieweit die von den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Befähigungsnachweise denjenigen entsprechen, die nach den Vorschriften des Aufnahmestaates erforderlich sind.<sup>27</sup> Im Falle der Vergleichbarkeit der bereits erbrachten Nachweise mit den zu erfüllenden Anforderungen sind die Mitgliedstaaten nach dieser Rechtsprechung zur Anerkennung verpflichtet. Dabei besteht eine Pflicht zur Anerkennung nur bei Gleichwertigkeit der Diplome, so dass die Standards letztlich durch die jeweiligen Mitgliedstaaten selbst festgelegt werden und so deren nationale Regelungsautonomie gewahrt bleibt.<sup>28</sup> Die Urteile in den Rechtssachen *Rubino* und *Pesla* stellen im Wesentlichen eine Anwendung dieser anerkannten Grundsätze auf eine weitere Sachverhaltskonstellation dar, so dass im Rahmen des FZA in der Sache entsprechend zu entscheiden wäre.

## **D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EGV)**

### **I. Versicherungsrechtliche Fragen**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

##### **a) Rs. C-564/07, *Kommission/Österreich***

Um die Vereinbarkeit der in Österreich vorgesehenen Pflicht für in anderen Mitgliedstaaten regulär niedergelassene Patentanwälte, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen, bevor sie in Österreich Dienstleistungen erbringen, mit der Dienstleistungsfreiheit ging es in der Rs. C-564/07<sup>29</sup>. Nachdem der *EuGH* eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bejaht hatte (da in anderen Mitgliedstaaten nicht zwingend ebenfalls solche Versicherungspflichten bestehen, so dass die in Frage stehende Pflicht Zusatzkosten für den Patentanwalt mit sich bringen könne), bejahte der *Gerichtshof* die

<sup>27</sup> EuGH, Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357.

<sup>28</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357, Rn. 16-21. Siehe auch das Urteil EuGH, Rs. C-313/01, *Morgenbesser*, das die bereits vor dem 21.6.1999 bestehende Rechtsprechung vollumfänglich aufgreift, ohne wesentliche neue Elemente hinzuzufügen. Zu diesem bereits Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Epiney/Theuerkauf/Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2003, S. 85 (113 f.).

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-564/07, *Kommission/Österreich*, Urt. v. 11.6.2009.

Rechtfertigung der Massnahme aus Gründen des Verbraucherschutzes<sup>30</sup>: Denn die Massnahme sei erforderlich zur Verfolgung dieses Ziels, da ein beruflicher Fehler erhebliche Schäden nach sich ziehen könne, wie den Verlust eines Rechts des geistigen Eigentums von beträchtlichem Wert. Auch könne nicht angenommen werden, dass Patentanwälte nur mit Fachleuten zu tun hätten, die über die Bedeutung von Versicherungspflichten informiert seien, so dass eine blosser Unterrichtungspflicht über das (Nicht-) Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung zur Verfolgung des angestrebten Ziels nicht ausreiche.<sup>31</sup>

Etwas bedauerlich ist, dass der *EuGH* in seinem Urteil mit keinem Wort auf das Verhältnis zur Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123<sup>32</sup>) und zur Berufsanerkennungsrichtlinie (RL 2005/36<sup>33</sup>) eingeht, obwohl sich das möglicherweise aufgedrängt hätte. Offenbar erachtete der *EuGH* aber diese Richtlinien für eine Versicherungspflicht wie die zur Debatte stehende nicht für einschlägig.

Vor allem aber ist bemerkenswert, dass die Ausführungen zur Rechtfertigung in einem gewissen Gegensatz zu dem sonst verfolgten Leitbild des aufgeklärten und verständigen Verbrauchers stehen, benötigten doch die Nichtfachleute besonderen Schutz, so dass eine reine Informationspflicht nicht ausreiche. Warum dieses Konzept hier herangezogen wird, in anderem Zusammenhang (insbesondere im Lebensmittelbereich) jedoch nicht, bleibt schleierhaft. Denn es könnten gute Gründe dafür angeführt werden, dass die Verbraucher – wenn auch auf einem anderen Niveau – auch ansonsten durch eine reine Informationspflicht nicht ausreichend geschützt sind, da häufig eine gewisse, wenn auch unterschiedlich weitgehende Asymmetrie der Information zwischen Verbraucher und Anbieter zu verzeichnen ist. Die Ausführungen des *Gerichtshofs* in der Rs. C-564/07 sind jedoch überzeugend, denn es ist Sache der Mitgliedstaaten, das von ihnen zugrunde gelegte Verbraucherleitbild zu definieren, das dann den Ausgangspunkt jeder Verhältnismässigkeitsprüfung bilden sollte. Abzuwarten bleibt, ob der *Gerichtshof* diesen Ansatz in Zukunft auch in anderen Bereichen zugrunde legt.

## **b) Rs. C-518/06, *Kommission/Italien***

Gegenstand der Rs. C-518/06<sup>34</sup> war der in Italien bestehende Kontrahierungszwang für Versicherungsunternehmen, die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungen

<sup>30</sup> Wobei der *EuGH* auch hier davon ausgehen dürfte, dass nur nicht (formell) diskriminierende Maßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können.

<sup>31</sup> Weiter sei die Pflicht eines bereits in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Patentanwalts, der Dienstleistungen erbringen will, einen Zustellbevollmächtigten im Aufnahmemitgliedstaat zu bestellen, nicht mit Art. 56 AEUV vereinbar, da das damit verfolgte Interesse, einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten, durch mildere Mittel erreicht werden könne, gebe es doch eine Reihe sonstiger Möglichkeiten der Zustellung, womit insbesondere Mail und Fax gemeint sind, so dass dieser Aspekt des Urteils auch gewisse traditionelle Zustellungsregeln in Frage stellen könnte.

<sup>32</sup> ABl. 2006 L 376, 36.

<sup>33</sup> ABl. 2005 L 255, 22.

<sup>34</sup> *EuGH*, Rs. C-518/06, *Kommission/Italien*, Urt. v. 28.4.2009.

anbieten, so dass diese Versicherungen zum Abschluss von solchen Versicherungen auf Ersuchen jedes potentiellen Kunden verpflichtet sind.

Der *EuGH* hält in Bezug auf die Einschlägigkeit der Art. 49, 56 AEUV zunächst fest, dass diese Bestimmungen nach ständiger Rechtsprechung auch nichtdiskriminierenden Beschränkungen, d.h. allen Massnahmen, die die Ausübung der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen, entgegenstehen. Dabei sei bei unterschiedslos anwendbaren Massnahmen eine Beschränkung nicht schon deshalb zu bejahen, weil andere Mitgliedstaaten vergleichsweise weniger strenge oder wirtschaftlich weniger attraktive Vorschriften kennen. Jedoch liege bei solchen Massnahmen jedenfalls dann eine Beschränkung vor, wenn der Marktzugang von Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat betroffen sei und so der Handel innerhalb der Union behindert werde.<sup>35</sup>

Im Falle des Kontrahierungszwangs bleibe zwar das Recht auf Zugang zum Markt erhalten, da dieser nichts daran ändere, dass aus anderen Mitgliedstaaten kommende Versicherungsunternehmen die entsprechenden Versicherungsdienstleistungen in Italien anbieten können. Der Marktzugang sei aber gleichwohl betroffen, da ein solcher Kontrahierungszwang eine „erhebliche Einmischung“ in die den Wirtschaftsteilnehmern grundsätzlich zustehende Vertragsfreiheit darstelle, insbesondere, wenn – wie bei der konkreten Ausgestaltung des in Italien herrschenden Kontrahierungszwangs – die Versicherungsunternehmen nicht nur verpflichtet werden, alle Risiken zu übernehmen, die ihnen angeboten werden, sondern darüber hinaus auch eine massvolle Tarifgestaltung verlangt werde. Damit ziehe der Kontrahierungszwang Anpassungen und Kosten für die betroffenen Unternehmen in einem solchen Umfang nach sich, dass der Zugang zum italienischen Markt weniger attraktiv werde und die Wettbewerbsfähigkeit der aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Unternehmen verringere.

Eine solche Regelung könne jedoch durch das Anliegen des sozialen Schutzes von Verkehrsunfallopfern, das als ein zwingender Grund des Allgemeininteresses anzusehen sei, gerechtfertigt werden: Die Massnahme sei aufgrund der Pflicht jedes Fahrzeugeigentümers, eine Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung abzuschliessen, und des Kontrahierungszwangs zur Verwirklichung dieser Zielsetzung geeignet. Auch die Erforderlichkeit sei zu bejahen, da die Situation des Strassenverkehrs sowie die Ziele des öffentlichen Interesses in diesem Bereich von einem Mitgliedstaat zum anderen sehr variierten. Vor diesem Hintergrund könne im Rahmen der Erforderlichkeit lediglich verlangt werden, dass die Massnahme „angemessen“ und zur Erreichung des angestrebten legitimen Ziels erforderlich sei. Die dem Mitgliedstaat obliegende Beweislast gehe jedoch nicht so weit, dass dieser positiv belegen müsse, dass sich dieses Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Massnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen lasse. Daher ändere der Umstand, dass andere Mitgliedstaaten abweichende Massnahmen zur Erreichung des Ziels des sozialen Schutzes von Verkehrsoffern kennen, nichts an der Verhältnismässigkeit der Massnahme. Weiter spiele es eine Rolle, dass in Süditalien schwierige Umstände (eine sehr hohe Zahl von Verkehrsunfällen) zu verzeichnen seien, die korrigierende

<sup>35</sup> S. in diese Richtung auch schon *EuGH*, Rs. C-442/02, *CaixaBank France*, Slg. 2004, I-8961, Rn. 12; *EuGH*, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141, Rn. 35 ff.

Massnahmen von Seiten des Staates erforderten, was einen solchen Kontrahierungszwang einschliesse, der es zudem den Versicherungsunternehmen nicht verwehre, je nach Wohnsitz des Versicherungsnehmers unterschiedliche Tarife zu berechnen.

Damit räumt der *Gerichtshof* – wie auch schon in anderen Urteilen, in denen es um Anliegen des sozialen Schutzes geht – den Mitgliedstaaten im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung einen erdenklich weiten Gestaltungsspielraum ein. Das Urteil ist aber darüber hinaus insbesondere in Bezug auf die Eruierung der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Art. 49, 56 AEUV von Bedeutung: In einem ersten Schritt verlangt der *Gerichtshof* bei „unterschiedslos anwendbaren“ Massnahmen – worunter offenbar solche zu verstehen sind, die weder direkt noch indirekt nach der Staatsangehörigkeit bzw. dem Sitz diskriminieren – eine Beschränkung des Marktzugangs (ein Ansatz, der an die im Rahmen des freien Warenverkehrs entwickelte *Keck*-Rechtsprechung erinnert), um in einem zweiten Schritt von diesem Erfordernis im Ergebnis wieder dann abzuweichen, wenn der Zugang zum Markt durch die in Frage stehende Massnahme „weniger attraktiv“ gemacht wird, wobei die Frage der Attraktivität offenbar nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen sein soll und in aller Regel grosse Spielräume für unterschiedliche Wertungen zulassen dürfte.

Schliessen kann man daraus nur, dass der Marktzugang nach Ansicht des *Gerichtshofs* nicht nur dann betroffen ist, wenn er unterbunden oder eingeschränkt bzw. behindert wird, sondern auch dann, wenn seine Attraktivität leidet. Dieses Kriterium zur Einschränkung des sehr weiten Beschränkungsverbots ist aber nicht sehr präzise formuliert, so dass es ihm an Vorhersehbarkeit fehlen dürfte. Im Übrigen bleibt die dogmatische Verankerung des „Marktzugangskriteriums“ etwas im Dunkeln, da schon im Falle des Vorliegens einer Beschränkung nach den vom EuGH angeführten Kriterien in aller Regel auch der Marktzugang weniger attraktiv sein dürfte, ganz abgesehen davon, dass sich die Unterscheidung zwischen dem Vorliegen einer Beschränkung (die dann zu bejahen sein soll, wenn die Ausübung der betroffenen Grundfreiheit behindert oder „weniger attraktiv“ ausgestaltet wird) und einer Betroffenheit des Marktzugangs nach den genannten Kriterien nicht auf den ersten Blick erschliesst.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens ist bereits fraglich, inwieweit die (aktive) Dienstleistungsfreiheit überhaupt von den Gewährleistungen umfasst ist.<sup>36</sup> Hingegen ist die Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen, die die Staatsangehörigkeit eines

<sup>36</sup> Vgl. zu dieser Frage z.B. *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, 2009, 12-19; *Alvaro Borghi*, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, 2010, Rn. 70-72. Zur Frage des Beschränkungsverbots vor allem im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit siehe auch *Chantal Delli*, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?, 2009, passim und *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008-2009, 2009, 53, 57 f..



Vertragsstaates besitzen, gemäss Art. 2 Anhang I und Art. 12 ff. Anhang I FZA ausdrücklich garantiert. Da bereits vor Unterzeichnung des Abkommens alle Personenverkehrsfreiheiten durch den EuGH als Beschränkungsverbote anerkannt waren, kommt eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf das FZA durchaus in Betracht.

Wegen der gleichen Rechtsfolgen im Rahmen der Grundfreiheiten des AEUV kann der EuGH im übrigen feststellen, dass (jedenfalls) eine Beschränkung der gewährten Rechte vorliege, ohne sich darüber hinaus zu der Frage äussern zu müssen, ob im Einzelfall ausserdem auch eine indirekte Diskriminierung gegeben ist. Soweit man davon ausgehen möchte, dass die Gewährleistungen des FZA nicht als Beschränkungsverbote auszulegen seien, ist daher bei der Anwendung des Abkommens weiter zu prüfen, ob der Sachverhalt neben der Beschränkung auch eine indirekte Diskriminierung darstellt. Denn dann kommt ausserdem eine Verletzung von Art. 2 FZA und der (diesem gegenüber vorrangigen) speziellen Diskriminierungsverbote im Abkommen in Betracht. Eine indirekte Diskriminierung liegt etwa dann vor, wenn die von der Massnahme verlangten Bedingungen durch Inländer häufiger oder typischerweise bereits erfüllt werden oder leichter von diesen erfüllt werden können.

Die Ausführungen des EuGH zur Rechtfertigung der Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung im Fall *Kommission/Österreich* wenden zunächst die aus der gefestigten Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des FZA bekannten Grundsätze an und dürften daher ohne weiteres auf das Abkommen übertragbar sein. Sofern die Erörterungen zur Rechtfertigung in einem gewissen Gegensatz zu dem sonst verfolgten Leitbild des aufgeklärten und verständigen Verbrauchers stehen, so überzeugen sie doch inhaltlich und es spricht nichts gegen ihre Übernahme im Rahmen des FZA, so dass auch schweizerische Massnahmen ein vergleichbar hohes Schutzniveau anlegen können.

## II. Glücksspielmonopole

In der Rs. C-42/07<sup>37</sup> stand (wieder einmal<sup>38</sup>) die Vereinbarkeit nationaler Regelungen betreffend Glücksspiele auf dem Prüfstand. Konkret ging es um die portugiesischen Vorschriften, die der *Santa Casa da Misericórdia de Lisboa* (einer jahrhundertealten gemeinnützigen Einrichtung) das ausschliessliche Recht einräumen, Lotterien und Wetten im gesamten Staatsgebiet zu veranstalten und zu betreiben, wobei sich das Monopol auch auf alle elektronischen Kommunikationsmittel (unter Einschluss des Internets) erstreckt.

Der *Gerichtshof* erachtete diese Regelung als mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar, da die mit ihr einhergehende Beschränkung dieser Grundfreiheit aus Gründen des Verbraucherschutzes und zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden könne. Das Urteil steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung, insbesondere, indem betont wird, es liege in der

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol*, Urt. v. 8.9.2009, EuZW 2009, 689.

<sup>38</sup> S. schon etwa EuGH, Rs. C-338/04, *Placanica*, Slg. 2007, I-1891; EuGH, Rs. C-124/97, *Läära*, Slg. 1999, I-6067; EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289.

Kompetenz der Mitgliedstaaten, das angestrebte Schutzniveau im Hinblick auf die mit solchen Regelungen angestrebten Schutzgüter des Verbraucherschutzes, der Betrugsvermeidung, der Vermeidung von Anreizen für Bürger zu überhöhten Ausgaben sowie von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen festzulegen, so dass die Verhältnismässigkeit im Hinblick auf die von den Mitgliedstaaten verfolgten Ziele und das festgelegte Schutzniveau zu beurteilen sei. Eine begrenzte Erlaubnis von Spielen im Rahmen eines Ausschliesslichkeitsrechts biete insbesondere den Vorteil, den Spielbetrieb in kontrollierte Bahnen zu lenken und die Gefahren eines auf Betrug und andere Straftaten ausgerichteten Spielbetriebs auszuschalten. Diese Erwägungen – und dies ist das Neue an dem Urteil – gälten auch für den Betrieb von Glücksspielen über das Internet, von dem wegen des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen Verbraucher und Anbieter anders geartete und grössere Gefahren ausgehen könnten. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass solche Spiele in anderen Mitgliedstaaten erlaubt sind, da es jedem Mitgliedstaat obliege, das anzulegende Schutzniveau zu bestimmen.

Bemerkenswert ist, dass der *EuGH* seine Aussagen allein auf die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses anderer Anbieter von Glücksspielen bezogen wissen will, so dass dem Urteil wohl keine Aussage darüber zu entnehmen ist, ob staatliche Monopole grundsätzlich mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sind und ob – daran anschliessend – Konzessionssysteme nicht ein milderer Mittel darstellen.

### **III. (Sonstige) Marktzugangsbeschränkungen**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

##### **a) Rs. C-169/07, *Hartlauer***

Die Frage nach der Zulässigkeit einer Art Bedarfsprüfung als Voraussetzung für die Bewilligung der Niederlassung einer Krankenanstalt in der Form eines sog. selbständigen „Ambulatoriums“ (einer Krankenanstalt, die Patienten ambulant behandelt) war Gegenstand der Rs. C-169/07<sup>39</sup>. Der *EuGH* hielt fest, dass die Organisation und Erbringung von Dienstleistungen im Gesundheitswesen in die Kompetenz der Mitgliedstaaten falle, wobei sie aber das Unionsrecht, insbesondere die Niederlassungsfreiheit, zu beachten hätten, und dass es jedenfalls den Mitgliedstaaten zustehe zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der öffentlichen Gesundheit gewährleisten wollen. Im Anschluss an diese Überlegungen stellte der *EuGH* – wenig überraschend – einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit durch das erwähnte Bewilligungserfordernis und die hierfür einschlägigen Anforderungen (das Bestehen eines Bedarfs nach der in Frage stehenden Tätigkeit) fest. Eine Rechtfertigung komme zwar aus Gründen des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung (Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus durch eine allgemein zugängliche und hochwertige Versorgung sowie die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit) in Betracht. Jedoch

---

<sup>39</sup> EuGH, Rs. C-169/07, *Hartlauer*, Urt. v. 10.3.2009.

sei schon die Geeignetheit der in Frage stehenden Massnahme zu verneinen. Denn die Regelung trage nicht in kohärenter und systematischer Weise zur Erreichung dieser Zielsetzungen bei, da zwar die Eröffnung neuer Ambulatorien der erwähnten Bewilligung und der damit verbundenen Bedarfsprüfung unterliege, nicht jedoch diejenige von Gruppenpraxen. Gruppenpraxen und Ambulatorien wiesen jedoch ähnliche Merkmale auf und böten die gleichen medizinischen Leistungen an, so dass der Unterschied für den Patienten in der Regel nicht erkennbar sei, zumal es nicht auf die Grösse der Ambulatorien bzw. der Gruppenpraxen ankomme. Hinzu komme, dass Ambulatorien mitunter wirtschaftlicher als Vertragsärzte arbeiten könnten, da sie aufgrund der Bündelung medizinischer Apparate und Ausstattung die Betriebskosten relativ gering halten könnten. Darüber hinaus könne ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung nur dann mit dem Unionsrecht vereinbar sein, wenn es auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhe, so dass der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt sind. Gerade dies sei zumindest in den Ländern Wien und Oberösterreich nicht der Fall, da die Kriterien, die für die Bejahung oder Verneinung eines Bedarfs ausschlaggebend sind, teilweise weder vorher festgesetzt noch bekannt sind und mitunter gar auf die Meinung der im Versorgungsgebiet ansässigen Ärzte abgestellt wird.

Das Urteil vermag im Ergebnis angesichts der tatsächlich teilweise etwas willkürlich anmutenden Bedarfsprüfung für die Zulassung von Ambulatorien nicht zu überraschen. Da der *EuGH* massgeblich auf die Ausgestaltung der Bedarfsprüfung abstellt und darüber hinaus betont, dass sich eine vorherige Genehmigung für die Niederlassung neuer Anbieter medizinischer Leistungen als zur Verfolgung öffentlicher Interessen unerlässlich erweisen kann, dürfte aus dem Urteil aber auch abzuleiten sein, dass jedenfalls bei medizinischen Dienstleistungen eine hoheitliche Beschränkung der Zahl der Anbieter grundsätzlich mit der Niederlassungsfreiheit in Einklang stehen kann, wobei der *Gerichtshof* aber den Nachweis schuldig bleibt, dass Zulassungsbeschränkungen tatsächlich eine Eindämmung von Gesundheitskosten nach sich ziehen. Offenbar geht der *EuGH* davon aus, dass hier den Mitgliedstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen ist, was angesichts der Komplexität der Ursachen hoher Gesundheitskosten durchaus nachvollziehbar ist. Interessant ist darüber hinaus, dass der *Gerichtshof* den Aspekt des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit im Rahmen des in Art. 52 Abs. 1 AEUV verankerten geschriebenen Rechtfertigungsgrunds der öffentlichen Gesundheit, und nicht als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls,<sup>40</sup> prüfte. Da das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit wohl eine Grundbedingung für dessen Funktionieren und damit den Schutz der öffentlichen Gesundheit darstellt, ist dieser Ansatz durchaus nachvollziehbar, wenn der *Gerichtshof* in diesem Zusammenhang auch die Frage offen lässt, ob ein solcher Einbezug eines letztlich mittelbar eines der Schutzgüter des Art. 52 Abs. 1 AEUV betreffenden Erfordernisses auch eine Abkehr von der grundsätzlich engen Auslegung dieser Bestimmung impliziert. Praktische Bedeutung

<sup>40</sup> So wohl die bisherige Rechtsprechung, vgl. etwa EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931; EuGH, Rs. C-368/98, *Vanbraekel*, Slg. 2001, I-5363; EuGH, Rs. C-385/99, *Müller-Fauré*, Slg. 2003, I-4509.

könnte diese Erweiterung des Schutzguts der öffentlichen Gesundheit insofern erlangen, als damit grundsätzlich auch formell diskriminierende Massnahmen einer erweiterten Rechtfertigung zugänglich sein dürften, während der *Gerichtshof* bisher wohl davon ausgeht, dass formell diskriminierende Massnahmen grundsätzlich nur durch geschriebene Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden können.<sup>41</sup>

**b) Verb. Rs. C-171, 172/07, *Apothekerkammer des Saarlands***

In den verb. Rs. C-171, 172/07<sup>42</sup> stellte der *EuGH* fest, dass das nationale Recht Besitz und Betrieb von Apotheken approbierten Pharmazeuten vorbehalten darf; ein Verstoss gegen die Niederlassungsfreiheit wurde verneint. Zwar stelle eine solche Regelung eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Diese könne allerdings durch den mit der Regelung angestrebten Schutz der Gesundheit gerechtfertigt werden – ein Rechtsgut von höchstem Interesse, dessen Niveau und Art der Verwirklichung die Mitgliedstaaten zu bestimmen hätten, wobei ihnen ein „Wertungsspielraum“ einzuräumen sei und die Mitgliedstaaten auch bei blossen Gefahren tätig werden könnten.<sup>43</sup> Denn es gehe um eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung. Arzneimitteln komme aufgrund ihrer therapeutischen Wirkungen im Vergleich zu anderen Waren ein besonderer Charakter zu, da eine unsachgerechte Einnahme zu schweren Gesundheitsschäden führen könne, ganz abgesehen davon, dass eine unnötige Abgabe von Arzneimitteln das finanzielle Gleichgewicht des Systems sozialer Sicherheit gefährden könne. Daher könne man den Verkauf von Arzneimitteln im Einzelhandel grundsätzlich Apothekern vorbehalten. Darüber hinaus könne aber auch der Betrieb von Apotheken Apothekern vorbehalten werden, da diese zwar auch – wie andere Betreiber, die Apotheker anstellen – Gewinne erwirtschaften wollen, jedoch die Apotheke nicht aus rein wirtschaftlichen Zwecken betreiben, sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel. Dadurch werde das private Interesse an Gewinnerzielung durch Ausbildung, berufliche Erfahrung und die den Apothekern obliegende Verantwortung „gezügelt“, zumal ein etwaiger Verstoss gegen Rechtsvorschriften oder berufsrechtliche Regeln die berufliche Existenz erschüttern könne. Diese Erwägungen gälten auch, falls der Apotheker mehrere Filialen betreibt. Hingegen liege es jedenfalls im Wertungsspielraum der Mitgliedstaaten, wenn sie im Falle des Betriebes einer Apotheke durch einen Nichtapotheker, insbesondere ein Unternehmen der Pharmabranche, davon ausgehen, dass die Gefahr bestehe, dass er seine angestellten Apotheker zur Förderung des Verkaufs von Arzneimitteln anhält, so dass deren Unabhängigkeit beeinträchtigt werden könne. Dies stehe auch nicht im Widerspruch zu seiner früheren Rechtsprechung, in der er entsprechende Vorgaben

<sup>41</sup> Hierzu, m.w.N., *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2009, § 7, Rn. 102.

<sup>42</sup> *EuGH*, verb. Rs. C-171, 172/07, *Apothekerkammer des Saarlands/Saarland*, Urt. v. 19.5.2009. S. auch *EuGH*, Rs. C-531/06, *Kommission/Italien*, Urt. v. 19.5.2009, *EuZW* 2009, 415.

<sup>43</sup> Wobei darauf hinzuweisen ist, dass in dem Urteil ausdrücklich offenbar als Voraussetzung der Heranziehung zwingender Gründe des Allgemeininteresses geprüft wird, ob die Regelung keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt, wobei wohl nur offene Diskriminierungen gemeint sein dürften.

für Optiker für unvereinbar mit der Niederlassungsfreiheit erklärte. Denn Arzneimittel seien ungleich gefährlicher als in Optikergeschäften angebotene Dienstleistungen und verkaufte Waren und könnten weit mehr das finanzielle Gleichgewicht der Systeme sozialer Sicherheit beeinträchtigen.

Das Urteil ist insbesondere vor dem Hintergrund bemerkenswert, dass der *EuGH* den Mitgliedstaaten im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sowohl bei der Geeignetheit als auch bei der Erforderlichkeit einen kaum noch ausdehnbaren Gestaltungsspielraum einräumt. Denn es ist nicht auf den ersten Blick ersichtlich, warum angestellte Apotheker so viel leichter ihre berufliche Zukunft durch rechtswidriges Verhalten gefährden sollen als selbständig tätige. Auch darf bezweifelt werden, ob die Ausbildung als Apotheker wirklich verlässlich dafür schützt, beim Betrieb der eigenen Apotheke zu einseitig auf den Gewinn abzustellen, da es hier wohl eher um Persönlichkeitsmerkmale geht, die bei der Ausbildung zum Pharmazeuten nicht wirklich geprüft werden. Hinzu kommt, dass in der Argumentation des *Gerichtshofs* die auch angesichts des ggf. hohen wirtschaftlichen Drucks nicht zwingend plausible Annahme mitschwingt, einem Alleininhaber einer Apotheke (der Pharmazeut ist) sei weniger am wirtschaftlichen Erfolg gelegen als einem Fremdinhaber.

### c) **Rs. C-438/08, Kommission/Portugal**

In der Rs. C-438/08<sup>44</sup> stellte der EuGH die Unvereinbarkeit folgender spezifischer Anforderungen an die Erteilung der Genehmigung zur Durchführung von Fahrzeuguntersuchungen mit Art. 43 EGV (Art. 49 AEUV) fest:

- Es muss ein öffentliches Interesse für die Erteilung der Genehmigung vorliegen (worüber die zuständige Behörde entscheidet).
- Unternehmen, die sich auf diesem Markt niederlassen wollen, müssen über ein Mindestgesellschaftskapital von 100 000 Euro verfügen.
- Der Gesellschaftszweck der Unternehmen ist begrenzt.
- Für Gesellschafter, Geschäftsführer und Verwalter solcher Gesellschaften gelten gewisse Inkompatibilitätsregelungen.

Von Bedeutung ist in diesem Urteil insbesondere, dass eine derartige Tätigkeit nach der Ansicht des Gerichtshofs keine Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EGV (Art. 51 AEUV) darstellt: Es gehe um die Entscheidung, ob ein Fahrzeug den technischen Normen entspricht; diese Organisation ist mit der Fahrzeuguntersuchung betraut, ohne dass hierbei eine Verwaltungsbehörde in Erscheinung träte. Zwar umfasse die Bescheinigung der technischen Überprüfung auch die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, da es darum gehe, die rechtlichen Folgen aus der technischen Besichtigung zu ziehen. Jedoch entbehre diese Entscheidung jeglicher Autonomie und ergehe im Übrigen im Rahmen einer unmittelbaren staatlichen Aufsicht, ganz abgesehen davon, dass die betrauten privaten Organisationen über keinerlei Zwangsbefugnisse verfügten. Insgesamt

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-438/08, *Kommission/Portugal*, Urt. v. 22.10.2009.

handle es sich daher nicht um eine Ausübung öffentlicher Gewalt, wobei dieses Ergebnis offenbar auch auf Verhältnismässigkeitserwägungen beruht. Aus diesem Urteil dürfte abzuleiten sein, dass eine Ausübung öffentlicher Gewalt (auch) dann nicht anzunehmen ist, wenn es zwar um hoheitliche Aufgaben geht, diese aber von Privaten unter der Aufsicht des Staates wahrgenommen werden, wobei den Privaten letztlich kein eigener Entscheidungsspielraum und keine Zwangsbefugnisse zukommen dürfen.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Abkommen gewährt die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA. Dabei geniessen die Erwerbstätigen berufliche und geographische Mobilität (Art. 14 Anhang I) und Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 15 Anhang I). Gemäss Art. 16 Anhang I kann das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden, wenn diese dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Da diese Vorschrift den Art. 45, 55 EGV nachgebildet ist, ist die einschlägige Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung zu berücksichtigen. Das gleiche gilt für die Rechtfertigung, wobei diesbezüglich die von der Rechtsprechung zu Art. 46, 55 EGV und zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls entwickelten Massstäbe heranzuziehen sind. In der Sache stehen die behandelten Urteile in einer Linie mit der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung, so dass das Abkommen diesbezüglich gleich auszulegen sein dürfte. Die vorgenannten Fälle betreffen jedoch in erster Linie die Ausübung des Niederlassungsrechts durch juristische Personen. Daher hängt die Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens insbesondere davon ab, inwieweit dieses überhaupt die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen gewährt. Gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA und Art. 18 Anhang I FZA können sich die nach dem Recht eines Mitgliedstaats der EG oder der Schweiz gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Gebiet einer Vertragspartei haben, zwar auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Demgegenüber legt der die Niederlassungsfreiheit betreffende Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA lediglich fest, dass Staatsangehörige der Vertragsparteien, die sich zwecks Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niederlassen wollen, Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung haben, so dass vieles dafür spricht, dass das Abkommen nur die Freizügigkeit der natürlichen Personen regelt, während die juristischen Personen nicht erfasst sind<sup>45</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ausländischen juristischen Personen jedoch zumindest im Umfang der durch das

<sup>45</sup> So auch *Peter Gasser*, Grundsätzliche Charakteristik des Abkommens über die Freizügigkeit der Personen, inklusive Arbeitslosenversicherung, in: *Felder/Kaddous* (Hrsg.), *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU (Erste Analysen)*, 2001, 269, 283; *Dieter W. Grossen/Claire de Palézieux*, Abkommen über die Freizügigkeit, in: *Thürer/Weber/Zäch* (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz – EG*, 2002, 87, 121; relativierend dagegen *René Schreiber/Roger Jaun*, EuGH-Urteil zur Wegzugsbesteuerung eine Chance für die Schweiz? Niederlassungsfreiheit höher gewichtet als Besteuerung stiller Reserven, ST 2004, 769, 772, 776, Fn. 26.

Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechte auch eine Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV zuzugestehen<sup>46</sup>. In dem dort konkret entschiedenen Fall ging es jedoch nur um die Dienstleistungsfreiheit, so dass sich das Bundesgericht zum Umfang der im Abkommen gewährten Niederlassungsfreiheit nicht äussern musste. Da das Freizügigkeitsabkommen damit wohl nur die Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen, nicht aber juristischer Personen regelt, ist sind die diesbezüglichen Feststellungen des EuGH nicht auf das Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Staaten übertragbar. Dieses Ergebnis wird jetzt auch bestätigt durch die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Grimme* und *Fokus Invest*.<sup>47</sup>

## IV. Pflichtmitgliedschaft in einer Berufsgenossenschaft

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-350/07, *Kattner Stahlbau*)

In der Rs. C-350/07<sup>48</sup> ging es u.a. um die Vereinbarkeit einer Pflichtmitgliedschaft von Unternehmen, die in einem bestimmten Gebiet einem bestimmten Gewerbebezirk angehören, in einer Berufsgenossenschaft, deren Hauptzweck die Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten ist, mit der Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 56 AEUV. Der Gerichtshof bejahte zunächst die Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit, da dieses System dazu führe, dass in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Versicherungsgesellschaften, die Versicherungen für solche Risiken anbieten, in dem betreffenden Mitgliedstaat nicht oder nur erschwert tätig werden könnten. Eine weitere Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit liege darin, dass die der Pflichtmitgliedschaft unterworfenen Unternehmen davon abgehalten würden, entsprechende Versicherungsleistungen bei in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Versicherungsunternehmen zu beziehen. Allerdings könne dieser Eingriff in Art. 56 AEUV durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, zu denen auch die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts des hier in Frage stehenden Systems sozialer Sicherheit gehöre. Nach Ansicht des Gerichtshofs ist es durchaus möglich, dass dieses nur durch ein System wie die im Ausgangsfall zur Debatte stehende Pflichtmitgliedschaft – die ein System der Solidarität aller bezwecke – sichergestellt werden könne, wobei es im Einzelnen auf die Verhältnismässigkeit der Massnahme ankomme, die vom nationalen Gericht zu prüfen sei. Allerdings deuten die Ausführungen des EuGH zu dem in Frage stehenden System darauf hin, dass die Verhältnismässigkeit grundsätzlich bejaht werden dürfte. Denn nach der Darstellung des EuGH handelt es sich lediglich um eine Mindestabdeckung der Risiken mit der Möglichkeit, sich bei anderen Versicherern darüber hinaus zu versichern. Ausserdem bestehe die Gefahr,

<sup>46</sup> BGE 131 I 223 E.1.1.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, Urt. v. 12.11.2009, Rn. 36, 37 und 39 (zu diesem Urteil siehe die Ausführungen weiter unten); EuGH, Rs. C-541/08, *Fokus Invest*, Urt. v. 11.2.2010, Rn. 30-32..

<sup>48</sup> EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner Stahlbau*, Urt. v. 5.3.2009, EuZW 2009, 290.

dass sich im Falle der fehlenden Zwangsmitgliedschaft Unternehmen mit jungem und gesundem Personal anderweitig günstiger versichern, so dass eine Erhöhung der Kosten zu befürchten sei mit der Folge, dass die Berufsgenossenschaft ihren Aufgaben nicht mehr zu annehmbaren Kosten nachkommen könne.

Dieses Urteil dürfte allenfalls noch bestehende letzte Zweifel darüber, ob Versicherungspflichten einen Eingriff in Art. 56 AEUV darstellen ausräumen, so dass jedes System einer Pflichtversicherung am Massstab der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen ist.

## **2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Die Ausführungen des EuGH zu den Fragen, ob die Pflicht zur Mitgliedschaft in einer Berufsgenossenschaft einen Eingriff darstellt und unter welchen Voraussetzungen eine Rechtfertigung möglich ist, stehen im Einklang mit der vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung. Sie lassen sich daher grundsätzlich auf das Abkommen übertragen. Wie bereits oben näher erläutert, ist der Umfang der im Abkommen gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit strittig, so dass es in einem vergleichbaren Fall von dieser Vorfrage abhängt, ob sich die Frage nach der Übertragung dieser Rechtsprechung überhaupt stellt. Ebenso ist zu beachten, dass juristische Personen sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit des FZA berufen können, so dass ein entsprechender Sachverhalt nicht am Massstab des Abkommens zu prüfen wäre. Da sich die Frage einer Pflichtmitgliedschaft in einer Berufsgenossenschaft oder Pflichtversicherung jedoch auch für natürliche Personen stellen kann, kommt eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf das FZA auch im Bereich der Niederlassungsfreiheit in Betracht.

## **VI. Förderung und Schutz der Amtssprachen eines Mitgliedstaats (Rs. C-222/07, *Uteca*)**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

In der Rs. C-222/07<sup>49</sup> stand eine spanische Regelung zur Debatte, durch die Fernsehveranstalter verpflichtet werden, 5 % ihrer Betriebseinnahmen für die Vorfinanzierung europäischer Spiel- und Fernsehfilme und davon wiederum 60 % für Werke, deren Originalsprache eine der Amtssprachen Spaniens ist, zu verwenden. Neben der Auslegung des einschlägigen Sekundärrechts, dem keine abschliessende Antwort auf die Unionsrechtskonformität der erwähnten Massnahme entnommen werden konnte, befasste sich der Gerichtshof auch mit ihrer Vereinbarkeit mit Art. 49, 56, 63 AEUV (Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit). Der EuGH prüfte diese Vorschriften gemeinsam, worin ein weiterer Hinweis auf eine weitgehende Konvergenz der dogmatischen Struktur der Grundfreiheiten zu sehen ist<sup>50</sup>. Der Gerichtshof stellte eine Beschränkung der genannten Grundfreiheiten fest,

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-222/07, *Uteca*, Urt. v. 5.3.2009.

<sup>50</sup> Vgl. z.B. *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 8. Aufl. 2009, § 10, Rn. 18-25 m.w.N.



die er jedoch zum Schutz eines kulturellen Anliegens, nämlich der spanischen Vielsprachigkeit bzw. des Schutzes und der Förderung von Amtssprachen eines Mitgliedstaats, als gerechtfertigt erachtete. Dabei wies er darauf hin, dass die fragliche Massnahme lediglich 3 % der Betriebseinnahmen der Fernsehveranstalter betreffe. Die Erforderlichkeit sei nicht schon deshalb zu verneinen, weil keine Kriterien vorgesehen seien, anhand derer die betroffenen bzw. geförderten Werke als „Kulturerzeugnisse“ eingestuft werden können. Denn zwischen Sprache und Kultur bestehe ein innerer Zusammenhang, so dass das Anliegen, eine oder mehrere Amtssprachen eines Mitgliedstaats zu schützen oder zu fördern, nicht zwingend von weiteren kulturellen Kriterien begleitet werden müsse, damit eine Beschränkung der Grundfreiheiten gerechtfertigt werden könne. Ableiten kann man daraus nur, dass der Schutz und die Förderung von Amtssprachen als solche ein legitimes öffentliches Interesse darstellen können, das einen Eingriff in die Grundfreiheiten rechtfertigen kann. Aufgeworfen wird damit allerdings die Frage, ob dies auch für Sprachen gilt, die in einem Mitgliedstaat nicht als Amtssprachen angesehen werden, wie z.B. bestimmte Dialekte. Grundsätzlich dürfte diese Frage zu bejahen sein, denn es ist nicht ersichtlich, warum es einem Mitgliedstaat verwehrt sein soll, auch sonstige Sprachen zu schützen und zu fördern, da jede Sprache ein Kulturgut darstellt. Zu prüfen wäre jedoch bei Sprachen, die in einem Mitgliedstaat nicht als Amtssprache anerkannt sind, ob eine die Grundfreiheiten beschränkende Massnahme des betreffenden Mitgliedstaats tatsächlich insgesamt kohärent ist, ein Erfordernis, das der Gerichtshof regelmässig im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit nationaler Beschränkungen der Grundfreiheiten prüft. Schliesslich weist der Gerichtshof noch darauf hin, dass der Umstand, dass die fragliche Massnahme in erster Linie einen Vorteil für die einheimischen Filmproduzenten darstellt, ebenfalls nichts an ihrer Erforderlichkeit ändere, da hier ein innerer Zusammenhang mit dem verfolgten Ziel festzustellen sei.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil und insbesondere die Ausführungen des Gerichtshofs zur Rechtfertigung stellen eine Anwendung bereits etablierter Grundsätze der Rechtsprechung dar, die schon vor der Unterzeichnung des FZA ergangen ist. Insbesondere hatte der EuGH darin bereits anerkannt, dass das Ziel eines Mitgliedstaats, eine oder mehrere seiner Amtssprachen zu schützen und zu fördern, als ein zwingender Grund des Allgemeininteresses anzusehen ist.<sup>51</sup> Diese Grundsätze lassen sich daher auch auf die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens übertragen.

---

<sup>51</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-379/87, *Groener*, Slg. 1989, 3967, Rn. 19; EuGH, Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium u. a.*, Slg. 2007, I-11135, Rn. 43.

## VII. Steuerliche Fragen

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

#### a) **Rs. C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri***

In der Rs. C-169/08<sup>52</sup> ging es um eine steuerliche Regelung der Region Sardinien, wonach bei zu touristischen Zwecken durchgeführten Landungen von zum privaten Transport von Personen bestimmten Luftfahrzeugen und von Freizeitbooten eine regionale Steuer zu entrichten ist, wobei diese Steuer nur von Unternehmen mit steuerlichem Wohnsitz ausserhalb der Region erhoben wird. Da diese regionale Landungssteuer die Betreiber von Transportmitteln, die sich in das Gebiet der genannten Region begeben, und nicht diejenigen Transportunternehmen, die ihre Tätigkeit in dieser Region ausüben, betrifft, sind die betroffenen Dienstleistungen für Steuerpflichtige mit steuerlichem Wohnsitz ausserhalb des Gebiets der Region, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, teurer als die für die in diesem Gebiet ansässigen Betreiber erbrachten Dienstleistungen. Darin liege eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, woran auch der regionale Charakter der Massnahme nichts ändere. Im Übrigen befänden sich Gebietsansässige und Gebietsfremde in Bezug auf die in Frage stehende Landungssteuer – die der Finanzierung von Massnahmen zur Erhaltung und Instandsetzung von Infrastruktureinrichtungen sowie zur Förderung des Umweltschutzes dienen – auch in einer objektiv vergleichbaren Situation. Eine Rechtfertigung aus den genannten Gründen komme auch nicht in Betracht. Zwar handle es sich um zwingende Gründe des Allgemeininteresses, so dass diese durchaus die Grundlage für die Einführung einer solchen regionalen Landungssteuer darstellen könnten. Jedoch könnten sie nicht die Modalitäten dieser Steuer rechtfertigen, denn die fraglichen Umweltbelastungen treten unabhängig von der Herkunft der Flugzeuge und Boote auf und weisen keinen Bezug zum steuerlichen Wohnsitz ihrer Betreiber auf. Da die fragliche Steuer spezifischen Zielsetzungen diene bzw. aufgrund spezifischer Handlungen fällig werde, unterscheide sie sich von den allgemeinen Steuern, insbesondere der Einkommenssteuer, die der Deckung des öffentlichen Haushalts dienen, so dass auch die Kohärenz des Steuersystems als Rechtfertigungsgrund ausscheide.

#### b) **Rs. C-153/08, *Kommission/Spanien***

In der Rs. C-153/08<sup>53</sup> hält der Gerichtshof fest, dass eine Steuerbefreiung von Gewinnen aus der Teilnahme an Lotterien, Spielen und Wetten nur in Bezug auf in Spanien ansässige gemeinnützige Einrichtungen, nicht hingegen in Bezug auf vergleichbare Einrichtungen aus anderen Mitgliedstaaten (oder des EWR), gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV verstösst. In Bezug auf gleichartige Dienstleistungen vergleichbarer gemeinnütziger Einrichtungen aus anderen Mitgliedstaaten liege eine Diskriminierung vor, die nur durch die ausdrücklich im

<sup>52</sup> EuGH, Rs. C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Urt. v. 17.11.2009.

<sup>53</sup> EuGH, Rs. C-153/08, *Kommission/Spanien*, Urt. v. 6.10.2009

Vertrag verankerten Gründe gerechtfertigt werden könne. Daher könnten Erwägungen des Schutzes der Sozialordnung und des Verbraucherschutzes von vornherein nicht geltend gemacht werden. Der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung sei schon deshalb im Ergebnis nicht einschlägig, da man nicht allgemein und unterschiedslos davon ausgehen dürfe, dass Einrichtungen aus anderen Mitgliedstaaten (mehr) kriminelle Handlungen begehen und zudem die zur Debatte stehende Regelung nicht an die Typologie der verschiedenen Spiele anknüpfe.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens kommt bei Diskriminierungen im Bereich der Steuern zum einen ein Anspruch auf Gleichbehandlung gemäss der „Auffangnorm“ des Art. 2 FZA in Betracht. Demgegenüber gilt Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA (Anspruch auf gleiche steuerliche und soziale Vergünstigungen) nur für Arbeitnehmer, und Art. 19 Anhang I FZA betrifft die Nichtdiskriminierung der Dienstleistungserbringer und richtet sich nach seinem Wortlaut wohl nur gegen den Empfangsstaat.

Gemäss Art. 2 FZA verbietet das Abkommen Diskriminierungen der Angehörigen der Vertragsparteien, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“. Da diese Vorschrift an Art. 18 AEUV angelehnt ist, ist dieser bei der Auslegung zu beachten. Zugleich erfasst Art. 2 FZA als subsidiär anwendbares allgemeines Diskriminierungsverbot auch bestimmte Diskriminierungen, die im Unionsrecht gemäss den speziellen Diskriminierungsverboten in den Grundfreiheiten (z.B. Art. 45 Abs. 2 AEUV für Arbeitnehmer und Art. 56 Abs. 1 AEUV für Dienstleistungen) verboten sind<sup>54</sup>. Sofern es um die Diskriminierung oder Beschränkung von Dienstleistungserbringern geht, ist wiederum zu berücksichtigen, inwieweit die Dienstleistungsfreiheit überhaupt vom Abkommen gewährleistet wird.

Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV dürfte ein Fall der Anwendung der Anhänge I-III vorliegen, wenn die anspruchstellende Person sich in einer Situation befindet, die durch das Abkommen geregelt ist<sup>55</sup>. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Person sich auf dem Territorium einer anderen Vertragspartei befindet und dabei von einem Aufenthaltsrecht nach dem Abkommen Gebrauch macht. Die Dienstleistungserbringer verfügen über ein Aufenthaltsrecht gemäss Art. 17 lit. a) Anhang I FZA und fallen somit grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 2 FZA.

<sup>54</sup> Vgl. zur Arbeitnehmerfreizügigkeit BGE 129 I 399, E. 3.2.3, wonach Art. 2 FZA neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV auch das Verbot unterschiedlicher Behandlung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 45 Abs. 2 AEUV für das Verhältnis Schweiz – EU übernehme.

<sup>55</sup> EuGH, Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195, Rn. 10; vgl. hierzu *Armin von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EGV/EUV, Art. 12 EGV, Rn. 24 ff.; *Astrid Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EGV/EUV, Kommentar, 3. A., 2007, Art. 12 EGV, Rn. 14 ff.; *Thorsten Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. A. 2005, § 17, Rn. 21 ff.; *Ferdinand Wollenschläger*, Freizügigkeit ohne Markt, 2007, 212 ff.

Die Argumentation des EuGH zur Rechtfertigung dürfte sich ebenfalls auf das Abkommen übertragen lassen, da sie der vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung entspricht. Eine Rechtfertigung ist nach Art. 21 Abs. 2 FZA ausserdem zulässig, wonach eine Unterscheidung zwischen Steuerpflichtigen gemacht werden kann, wenn diese sich – insbesondere hinsichtlich ihres Wohnsitzes – nicht in vergleichbaren Situationen befinden. Diese Formulierung lehnt sich an die Rechtsprechung des EuGH<sup>56</sup> an, welche somit bei der Auslegung zu berücksichtigen ist.

### VIII. Zur Auslegung des FZA (Rs. C-351/08, *Grimme*)

In der Rs. C-351/08<sup>57</sup> standen einige grundsätzliche Fragen zur Auslegung und zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zur Debatte. Im Ausgangsfall ging es um die Frage, ob es mit dem FZA vereinbar ist, wenn für einen Unionsbürger, der in seinem Heimatstaat wohnhaft und beschäftigt ist, jedoch im Verwaltungsrat einer AG schweizerischen Rechts Einsitz hat, im Heimatstaat eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung besteht, obwohl eine solche Versicherungspflicht nach schweizerischem Recht für Verwaltungsratsmitglieder von Aktiengesellschaften nicht besteht.

Der Gerichtshof hält zunächst fest, die Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen lasse sich nicht „automatisch“ auf die entsprechenden Bestimmungen des Abkommens übertragen, sofern dies nicht im Abkommen selbst vorgesehen sei. Leider unterlässt es der Gerichtshof jedoch zu präzisieren, unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden kann, dass „dies“ im Abkommen vorgesehen ist. Vielmehr wendet er sich dann sogleich der Frage zu, ob auch juristische Personen in den Schutzbereich der im Abkommen gewährleisteten Niederlassungsfreiheit fallen, was er im Ergebnis unter Bezugnahme auf den Wortlaut der in Frage kommenden Bestimmungen des Abkommens verneint. Anders verhalte es sich mit der Dienstleistungsfreiheit, da die juristischen Personen ausdrücklich in Art. 5 Abs. 1 FZA erwähnt seien. Allerdings sei eine Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit ausgeschlossen, wenn ihre Dauer 90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr überschreitet. Schliesslich verneint der Gerichtshof die Anwendbarkeit des Abkommens im Falle rein interner Sachverhalte, was der Rechtslage bei den unionsrechtlichen Grundfreiheiten entspricht. Im Ergebnis konnte damit kein Verstoß gegen das Abkommen festgestellt werden.

<sup>56</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225, Rn. 31 ff.

<sup>57</sup> EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, Urt. v. 12.11.2009, EWS 2009, 518. Vgl. hierzu *Laura Melusine Baudenbacher*, Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag, *European Law Reporter* 2010, 34-37; *E. Mincheva*, La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Christian Grimme c. Deutsche Angestellten-Krankenkasse", *Revue du droit de l'Union européenne* 2010, 149-153.

Der Gerichtshof machte zwar eine grundlegende Aussage zur Auslegung des Abkommens, die erkennen lässt, dass er dieses nach denselben Grundsätzen auszulegen gedenkt wie sonstige völkerrechtliche Verträge der Union. Allerdings weist er auch darauf hin, dass eine „automatische“ Übertragung der in der Union massgeblichen Auslegung offenbar dann in Betracht komme, wenn dies im Abkommen vorgesehen ist. Damit insinuiert der Gerichtshof offenbar, dass eine solche Möglichkeit besteht, wenn er sich auch über die genauen Voraussetzungen ihres Vorliegens ausschweigt. Die grundsätzlichen Auslegungsfragen in Bezug auf das Abkommen sind somit nach wie vor nicht gelöst. So fragt es sich insbesondere, welche Rolle die Rechtsprechung nach dem Tag der Unterzeichnung spielen soll und auf welche Weise eine Anlehnung an das Unionsrecht in der Weise erfolgt, dass eine „automatische“ Übertragung der in der Union massgeblichen Auslegung erfolgen soll. Immerhin lässt das Urteil erkennen, dass diese Frage in enger Anlehnung an den Wortlaut des Abkommens erfolgen soll, wobei u.E. den Zielsetzungen des Abkommens, eine Einbindung der Schweiz in das System der Personenfreizügigkeit in der EU zu verwirklichen, wohl zu wenig Rechnung getragen wird (wenn man auch dem Ergebnis des Ausschlusses juristischer Personen aus dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit durchaus zustimmen kann). Zumindest ein Hinweis und eine Fruchtbarmachung dieser Zielsetzung für die Beantwortung der Frage nach den Auslegungsgrundsätzen hätte sich wohl aufgedrängt.

## **E. Schlussbemerkung**

Seit dem Inkrafttreten des FZA haben die schweizerischen Gerichte eine umfangreiche Rechtsprechung zum Abkommen erlassen. Demgegenüber ergingen die ersten Urteile des EuGH erst in den Jahren 2008, 2009 und 2010. Dadurch kann es in der Zukunft vermehrt zu divergierenden Entscheidungen der europäischen und der schweizerischen Gerichte kommen. Hinzu kommt, dass sich der EU-Rechtsbestand und die interne Rechtsprechung der EU ebenfalls weiterentwickeln, wie auch aus den hier behandelten Urteilen ersichtlich ist. Es wird daher besonders von den Gerichten abhängen, ob die Ausgestaltung und ggf. Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts innerhalb der EU und im Verhältnis zur Schweiz parallel verlaufen oder auseinanderdriften wird. Bemerkenswert ist dabei nicht zuletzt, dass auch eine Reihe grundlegender Fragen der Auslegung noch nicht abschliessend geklärt sind. Hier ist insbesondere die kommende Rechtsprechung des EuGH mit Spannung zu erwarten. Zugleich stellt sich die Frage, inwieweit das Abkommen im Wege der Vertragsänderung durch den Gemischten Ausschuss (Anhänge II und III) und durch die Vertragsparteien an die innere Rechtsentwicklung in der EU angepasst werden soll und kann. Als Beispiel seien nur die derzeit verhandelten bzw. bereits beschlossenen Übernahmen der neuen Koordinierungsverordnung Nr. 883/2004 im Bereich der sozialen Sicherheit und die Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG erwähnt, die jeweils ein ganzes bestehendes Regelungssystem ersetzen sollen. Das in der Grundkonzeption statische Freizügigkeitsabkommen erweist sich weiterhin als ein überaus dynamisches Gebilde.

